


Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados


*DNA criminal investigation – DNA database, mandatory
DNA collection and time limit for data retention*

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹

Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF

antonio.suxberger@uniceub.br


 <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>


 <http://orcid.org/0000-0003-1644-7301>

Valtan Timbó Martins Mendes Furtado²

Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF

valtanfurtado@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9867878238887034>

 <https://orcid.org/0000-0001-5165-5830>

RESUMO: O artigo aborda o uso de informações genéticas no direito processual penal brasileiro e seu regime legal a partir das inovações introduzidas pela Lei 12.654/2012, que inaugurou no Brasil a possibilidade de que investigados e sentenciados sejam compelidos a fornecer material biológico próprio para a alimentação de um banco de perfis genéticos cujos dados poderão ser confrontados no interesse de investigações criminais. Por meio de revisão da literatura

¹ Pós-Doutor em Direito e Democracia pelo IGC da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

² Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Procurador da República no Distrito Federal.

nacional e estrangeira sobre o tema, alguns assuntos fundamentais são abordados, como conceitos técnicos sobre bancos de perfis genéticos, o embate entre os direitos fundamentais atinentes à questão (especialmente intimidade e segurança pública) e modelos, estrangeiros e nacional, de banco de perfis genéticos. O artigo busca problematizar se a lei brasileira ofende a garantia constitucional da não autoincriminação. Além disso, propõe interpretação da lei especificamente dirigida à limitação temporal da manutenção dos perfis genéticos de indivíduos no banco de dados. O artigo problematiza o potencial da legislação brasileira sobre essa matéria para, sem ofensa a direitos fundamentais e uma vez implantados e adequadamente alimentados e gerenciados os bancos de dados, contribuir para aprimorar a efetividade da investigação criminal e da produção probatória no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Banco de dados de perfis genéticos; Investigação criminal; Direitos fundamentais; Não autoincriminação.

ABSTRACT: *This paper examines the legal framing of DNA database and DNA investigations in Brazil. According to Law n. 12.654/2012, DNA may be extracted from both convicted criminals and people under investigation to create a profile to be placed in a national database in the hopes that it will enhance criminal investigations. From literature review and legislation analysis, this study provides basic information on DNA profiling and database, identifies conflicts between certain fundamental rights (specially privacy and public safety) and shows how DNA database for forensic purposes are framed in Brazil and abroad. The most important part of the paper (a) reaches the conclusion that Brazilian law respects the constitutional right to non self-incrimination and (b) proposes and interpretation of the law regarding the time limit for data retention. This essay aims to contribute to the necessary debate previous to Brazilian Supreme Court's decision on the constitutionality of Law n. 12.654/2012 and its limits. The paper reaches the conclusion that Brazilian law is potentially an efficient tool to improve the effectiveness of criminal investigation and evidence in Brazil.*

KEYWORDS: DNA database; Criminal investigation; Fundamental rights; Non self-incrimination.

INTRODUÇÃO

Em Estados onde os bancos de dados de perfis genéticos já foram implementados em larga escala, como o Reino Unido e os Estados Unidos, os resultados no enfrentamento da criminalidade se fazem perceber. Dados de 2005 dão conta de que em um mês típico eram encontradas convergências ligando suspeitos a 30 homicídios, 45 estupros e 3.200 crimes envolvendo veículos, propriedades e drogas no Reino Unido, em virtude do uso da *UK National Criminal Intelligence DNA Database*, ou NDNAD, a base de dados de perfis genéticos daquele Estado (KADER; LING; LI, 2011, p. 49).

A segurança pública encontra-se em grave crise no Brasil. Para além da temática das falhas estruturais do sistema prisional, impressiona que o Estado brasileiro tenha apresentado, no ano de 2015, aproximadamente 60.000 homicídios (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2017). No entanto, os homicídios representam pouco mais de 11% do total de pessoas presas no Brasil (BRASIL, 2017, p. 43). É dizer: um dos crimes mais graves de nossa legislação, com números alarmantes, não tem recebido a devida abordagem do sistema de justiça criminal. E essa percepção em grande parte deriva da crise do modelo de investigação ainda presente no país.

A implementação efetiva do banco nacional de perfis genéticos, isoladamente, não será suficiente para aplacar essa crise, mas pode constituir um fator coadjuvante no aprimoramento da investigação de crimes graves, por meio da utilização de solução tecnológica compatível com o arcabouço jurídico que orienta a persecução penal como um todo.

A corrente contrária ao uso mais amplo dessa ferramenta tecnológica no enfrentamento do crime (que implica a obrigatoriedade de o investigado ou sentenciado tolerar a retirada de seu material biológico – cooperação passiva do imputado) levanta preocupações legítimas sobre os riscos de mau uso dos dados armazenados, que poderiam redundar em violações da intimidade, em especial a intimidade genética, e na estigmatização ainda maior da população carcerária e dos investigados mais pobres.

Adotadas as devidas cautelas no gerenciamento do Banco Nacional de Perfis Genéticos, da Rede Integrada de Perfis Genéticos e dos bancos da União, dos Estados e do Distrito Federal, assim como tomados os devidos cuidados técnicos na coleta, preservação e cadeia

de custódia das amostras, serão minimizados os riscos de mau uso e erro, ganhando os órgãos de persecução criminal um instrumento poderoso para elucidação dos fatos submetidos à investigação criminal, não somente para se obterem condenações, mas também para se evitarem condenações injustas. Denise Hammerschmidt sugere, para minimização dos riscos de mau uso e erro, a criação de uma agência reguladora dos laboratórios e congêneres destinados à identificação genética, bem como a criação de um tipo penal coibidor das distorções na utilização de dados genéticos (2012, p. 159)

A resposta à questão fundamental que procura divisar se a utilização do perfil genético como instrumento de identificação acarreta uma intervenção na intimidade genética passa por diferenciar os tipos de DNA que possam estar envolvidos, uma vez que apenas o DNA codificante compreende informações hereditárias do indivíduo (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 376).

Quanto à compatibilidade da coleta corporal compulsória de DNA com a garantia da não autoincriminação, é certo que bons argumentos existem em ambos os sentidos, mas é necessário enriquecer essa reflexão levando-se em conta a experiência estrangeira, a palavra das cortes internacionais de direitos humanos, a tendência de *funcionalização* do Direito Internacional e os reclamos de efetividade do processo penal.

O prazo de manutenção das informações e amostras genéticas de investigados e sentenciados no banco de dados também precisa ser definido, pois não se mostra proporcional ou legítimo sob o prisma da dignidade humana a permanência de registro *ad eternum*, pendendo sobre a cabeça do indivíduo a possibilidade de um falso positivo ou de um uso equivocado de seus dados como uma espada de Dâmocles, nem atenderia aos objetivos do banco de dados a exclusão precoce das informações nele constantes.

Ao Supremo Tribunal Federal (STF) cumprirá decidir sobre a constitucionalidade da lei instituidora do banco de perfis genéticos (Lei 12.654/2012) no recurso extraordinário (RE) 973.837/MG, questão na qual o Plenário do Pretório Excelso divisou a existência de repercussão geral. Certamente, aquela corte levará em consideração pontos de vista diversos, de caráter multidisciplinar, tendo para tanto realizado audiência pública em maio de 2017.

Este trabalho visa a contribuir com o debate, apresentando uma compilação de informações, opiniões e ideias de diversas fontes, sem sonegar o nosso entendimento sobre o que seja mais adequado para que o processo penal, neste particular aspecto, cumpra sua função com eficiência e respeito aos direitos fundamentais.

A preocupação que orienta o recorte temático do artigo dirige-se à exteriorização da ação estatal atinente aos bancos de dados de perfil genético. É dizer, para além da relevante discussão que se situa no plano dogmático, que ora critica ora enaltece o uso dessa ferramenta tecnológica como instrumento de investigação criminal, o artigo ocupa-se do arranjo institucional atinente a esses bancos. Assim, do ponto de vista teórico, conquanto situado no campo próprio do Direito Processual Penal, a vertente de investigação amolda-se ao que Diogo Coutinho chama de perspectiva funcional, isto é, dirigida a estudar e questionar as funções desempenhadas pelo direito nas políticas públicas e, se possível, aperfeiçoá-las desde uma perspectiva jurídica (2013, p. 182). Por isso, em vez de revisitar a discussão estritamente jurídica que confronta a intimidade genética com o uso de ferramentas tecnológicas mais sofisticadas para a efetividade da persecução penal, o artigo dirige-se à conformação da prática desses bancos de dados de perfil genético. Nessa perspectiva, se fará incursão na experiência estrangeira, em cotejo com o modo pelo qual se tem institucionalizado os bancos de dados de perfil genético no Brasil.

1. O QUE É E PARA QUE SERVE UM BANCO DE PERFIS GENÉTICOS

Um banco de perfis genéticos constitui um repositório de impressões digitais do DNA (*DNA fingerprints*) ou “fotografias genéticas” de indivíduos e serve para identificá-los ou individualizá-los. Possui enorme valor forense, pois, a partir das sequências de DNA armazenadas, é possível afirmar com probabilidade extremamente alta que uma amostra biológica (sangue, raiz capilar, sêmen, osso, dente, saliva, suor, pele, urina etc.) se originou de determinada pessoa (KADER; LING; LI, 2011, p. 36-38).

A descoberta do uso do DNA para análise forense se deve ao Dr. Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, no Reino Unido, que usou pela primeira vez o termo *DNA fingerprinting* (coleta de impressão

digital do DNA) em uma pesquisa realizada em 1984. Referido método científico – também conhecido como *DNA profiling* (coleta de perfis de DNA) – consiste em isolar o material genético de alguém e transformar esse material em imagens discerníveis (KADER; LING; LI, 2011, p. 35-37).

Taysa Schiocchet informa que o perfil genético constitui-se de uma parte das informações contidas na amostra de DNA, extraídas de regiões denominadas não codificantes do DNA, o que implica, em princípio, que o perfil genético não revela características físicas ou de saúde do indivíduo, sendo sua única aplicação a individualização. Todavia, adverte que para muitos biólogos referida distinção entre a parte codificante e não codificante do DNA é falaciosa, pois esta segunda pode apresentar informações específicas sobre o sujeito analisado (2013, p. 521-522).

Emílio de Oliveira e Silva adota um conceito amplo de banco de dados genéticos, que engloba não só o “banco de dados de perfil genético” (em sentido estrito), ou seja, constituído apenas de informações codificadas virtualmente, mas também os bancos de dados que contêm material biológico, também chamados “biobancos”, de que são exemplos os bancos de sangue, sêmen, medula óssea, tecidos e órgãos (2014, p. 138). Um terceiro tipo de banco de dados é composto por arquivos de DNA, vale dizer, amostras de DNA, normalmente congeladas e com DNA já excluído do núcleo celular e pronto para análise em suas regiões codificantes e não codificantes (SCHIOCCET, 2013, p. 524).

Schiocchet entende, diversamente de Emílio Silva, que, tendo os biobancos finalidade terapêutica ou de pesquisa e os bancos de perfis genéticos finalidade de “(...) identificar, mais eficazmente, os autores de delitos, de modo a prevenir, inclusive, a reincidência”, não é adequado abarcar no conceito de biobanco também os bancos de perfis genéticos para fins de identificação criminal (SCHIOCCET *et alli*, 2012, p. 33).

Emílio Silva, que sustenta ter a Lei 12.654/2012 tornado obrigatória a criação de um biobanco simultaneamente à do banco de perfis genéticos, como forma de assegurar ao imputado a realização de um novo exame, no exercício dos princípios do contraditório e da ampla argumentação (2014, p. 140), classifica os bancos de dados de DNA, segundo sua finalidade, em:

a) bancos de dados gerais: situação ora hipotética, embora haja iniciativas na Islândia e na Estônia, para finalidades médicas e com o

consentimento dos doadores, envolve o acesso às informações genéticas de toda a população, com finalidades genéricas, como “(...) obter informações genéticas populacionais, inclusive de grupos específicos de pessoas sujeitas ao padecimento de enfermidades hereditárias”;

b) bancos de dados profissionais: compostos por arquivos biológicos coletados de pessoas cuja área de atuação profissional represente riscos à saúde, mediante consentimento do trabalhador e para uso em caso de necessidade (exemplo: arquivo biológico das Forças Armadas dos Estados Unidos);

c) bancos de dados judiciais ou forenses: têm finalidades cíveis ou criminais, sendo as primeiras relativas “(...) à identificação de pessoas desaparecidas, por meio da comparação entre o DNA de pessoas não identificadas (normalmente restos cadavéricos) com os seus supostos familiares” e as criminais atinentes à “(...) investigação criminal, propiciando a identificação de pessoas por meio do cruzamento de informações genéticas recolhidas em locais de crimes e de amostras biológicas em pessoas investigadas ou condenadas.” (SILVA, 2014, p. 141-142).

Schiocchet (2013, p. 519), por sua vez, indica as seguintes áreas de utilização e finalidades das informações genéticas: (a) no âmbito da pesquisa; (b) no âmbito da medicina (fins diagnósticos); (c) na busca por desaparecidos (caso clássico argentino); (d) no âmbito da identificação civil, especialmente com o intuito de confirmar vínculos parentais; (e) no âmbito da política nacional de imigração; (f) no âmbito criminal, para fins de persecução penal.

Para os fins deste artigo, interessam especificamente os bancos de dados forenses com finalidade criminal, hipótese prevista na lei brasileira.

Devido ao avanço da tecnologia de coleta de perfis de DNA, algumas poucas células são suficientes para se criar um perfil genético, as quais podem derivar da saliva (que pode conter células bucais), do suor (que pode conter células da pele) ou do sêmen colhidos, por exemplo, de um envelope, uma garrafa, um chapéu, um par de óculos ou um lençol (KADER; LING; LI, 2011, p. 38).

A validação científica da prova, todavia, depende do respeito a procedimentos aptos à correta colheita e preservação da amostra:

Não raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação.

[...]

Também não se pode desconsiderar a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas etc., mas também a possibilidade de fraudar o próprio DNA (LOPES JR., 2016, p. 456).

A prova genética no processo penal é geralmente decisiva, embora se reconheça que ela deve ser sempre cotejada com outras provas e analisada criticamente. O DNA coletado na cena do crime pode refutar alegação do investigado de que não se encontrava no local, mas não se pode descartar a hipótese de ele ter estado ali em momento diverso daquele em que cometida a infração, ou mesmo a de estar contaminada a amostra. No estupro, a amostra biológica obtida a partir da coleta de fluido vaginal provavelmente será suficiente para a condenação, ficando pendente considerar se a conjunção carnal foi consensual ou não (KADER; LING; LI, 2011, p. 47).

Aury Lopes Jr. adverte que “a prova técnica, por mais sedutor que possa parecer o discurso da ‘verdade científica’, não é prova plena nem tem maior prestígio que as demais. Deve ser analisada no contexto probatório e pode ser perfeitamente refutada no ato decisório.” (2016, p. 458). Na mesma linha, Thiago Ruiz defende que, para que ocorra a condenação, a prova genética deve vir acompanhada de outros elementos, harmônicos em relação à prova pericial, que indiquem a culpabilidade do réu (2016, p. 85).

A prova genética pode ser fundamental também para a absolvição, evitando-se a condenação do inocente. Segundo dados divulgados pelo consagrado *Innocence Project*, 356 pessoas tiveram suas sentenças condenatórias revertidas a partir de provas de DNA nos Estados Unidos, 20 das quais aguardavam execução no “corredor da morte” (INNOCENCE PROJECT, sem data).

2. DIREITOS INDIVIDUAIS E OS DESAFIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA

Com o avanço em escala global da criminalidade organizada e do terrorismo, o respeito aos direitos individuais na persecução criminal é desafiado constantemente pelo discurso da necessidade de se garantir a segurança da população.

No Brasil, a intensificação da violência observada nos últimos anos promete novos capítulos nesse embate. O país registrou 59.080 homicídios em 2015 (28,9 por 100 mil habitantes), segundo o Atlas da Violência 2017, publicado pelo Ipea e pelo FBSP (CERQUEIRA *et. alli*, 2017, p. 7). Das 50 cidades mais violentas do mundo, 19 se encontram no Brasil (ZOGBI, 2017). Entre 2011 e 2015, somando-se homicídios dolosos, latrocínios, lesões corporais seguidas de morte e mortes decorrentes de intervenção policial, houve 278.839 mortes violentas no país, contra 256.124 mortes violentas na Síria, país em guerra civil no mesmo período (BOCCHINI, 2016).

Diante desse quadro, o uso de informações e bancos de dados genéticos pode ser um importante agente de mudança no panorama de impunidade em se tratando de crimes violentos no Brasil, onde o percentual de elucidação de homicídios varia entre 5% e 8%, contra 90% dos Estados Unidos e do Reino Unido e 80% da França (CNMP, 2012, p. 22).

A eficácia do sistema de banco de perfis genéticos no Brasil dependerá, basicamente, da sua alimentação com o maior número de perfis de DNA possível (respeitando-se os protocolos de segurança e sigilo) e do seu uso adequado pelos agentes públicos, tudo dependendo do aval do Supremo Tribunal Federal, que julgará a constitucionalidade da lei instituidora do banco de perfis genéticos (Lei 12.654/2012) no RE 973.837/MG, em que já foi reconhecida a existência de repercussão geral.

Preocupações legítimas surgem no campo da intimidade, já que o DNA pode revelar, mais do que a simples identidade de alguém, inúmeras características físicas, propensão para doenças e comportamentos. Schiocchet observa, a propósito, que a parte não codificante do DNA, tida por parte dos estudiosos como insuscetível de revelar características físicas do indivíduo, pode no futuro próximo aportar outros tipos de informação, como a cor dos olhos, dado o avanço das pesquisas científicas (2013, p. 522).

O risco de discriminação a partir dos dados coletados, outrossim, não é desprezível. Ifeoma Ajunwa avalia, por exemplo, que o *Genetic Information Non-Discrimination Act* – GINA –, de 2009, lei norte-americana contra a discriminação genética, não tem sido eficaz em prevenir a discriminação pelos empregadores, que dispõem de acesso fácil a testes genéticos e, portanto, a uma série de informações aptas a gerar insidiosamente uma subclasse à qual é negada participação na economia liberal (2016, p. 113-114).

Se, por um lado, o uso da prova genética pode colocar em xeque direitos individuais – sobretudo os direitos à intimidade, à liberdade e à integridade física e a não produzir prova contra si mesmo –, por outro não se pode esquecer que a segurança pública também é um direito fundamental, de titularidade da sociedade, indispensável para a legitimação e o funcionamento do próprio Estado.

Tal direito fundamental exsurge da referência ao direito à segurança no *caput* dos arts. 5º e 6º e no preâmbulo do texto constitucional e já foi reconhecido pelo STF, por exemplo, no Agravo Regimental (AgR) no RE 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. “A natureza de direito fundamental da segurança pública”, leciona Thiago André Pierobom de Ávila, “é reforçada pelo reconhecimento de que se trata de um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente” (2014, p. 162). Assim, direitos básicos como a vida, a liberdade, a incolumidade física e a propriedade não podem ser exercidos se for constante a ameaça gerada pela falta de segurança pública.

O embate entre os direitos fundamentais em questão (do indivíduo investigado e da sociedade) há de ser resolvido utilizando-se a máxima da proporcionalidade, tanto na análise da própria constitucionalidade em abstrato da lei quanto nos casos concretos em que o Estado-juiz for chamado a decidir sobre a coleta, o armazenamento e o uso de dados genéticos de pessoas investigadas ou condenadas criminalmente.

Necessário, porém, considerar nessa ponderação de interesses que o banco de dados jamais cumprirá sua função social se sua alimentação depender da voluntariedade da entrega de material genético por parte dos imputados ou de buscas e apreensões para a coleta de amostras biológicas dos investigados em locais que tenham frequentado ou

de objetos que tenham usado, pois a complexidade desse procedimento reduziria significativamente o número de perfis genéticos disponíveis para confronto, comprometendo a eficácia do sistema.

3. MODELOS ESTRANGEIROS DE BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS PENAIS

O Reino Unido possui um sistema, criado em 1995, pelo qual se coletam cerca de 30 mil amostras de DNA todos os meses de locais ou suspeitos de crimes. No final de 2011, a base de dados, denominada *UK National Criminal Intelligence DNA Database*, ou NDNAD, já continha cerca de 5 milhões de perfis genéticos (SCHIOCCCHET, 2012, p. 37).

Dados de 2005 dão conta de que em um mês típico eram encontradas convergências ligando suspeitos a 30 homicídios, 45 estupros e 3.200 crimes envolvendo veículos, propriedades e drogas. “Quando a informação de uma nova cena de crime era adicionada à base de dados, havia 40% de chance de uma imediata coincidência entre a amostra na cena do crime e a de um indivíduo determinado.” (KADER; LING; LI, 2011, p. 49).

Após sua condenação no caso *S. and Marper v. the United Kingdom*, julgado em 2008 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o Reino Unido readequou algumas regras sobre a retenção de perfis genéticos, por meio do *Protection of Freedoms Act*, de 2012 (cf. o item 7, abaixo).

Mesmo assim, o NDNAD segue sendo alvo de críticas, pois é alimentado a partir da coleta de amostras biológicas, pela polícia, de qualquer pessoa detida por delito incluído em um rol bastante amplo. Cristiane Chaves Lemos aduz que

As amostras são colhidas pela própria polícia, independente da sua relevância para a investigação policial, e ficam armazenadas no sistema da própria polícia, a nível nacional e integram o registro criminal daquelas pessoas *ad eternum*. A seletividade é evidente já que três em cada quatro jovens negros possuem registro nos bancos de dados e, junto a outras minorias étnicas, perfazem a quase totalidade dos perfis armazenados nos bancos de dados genéticos. (2014, p. 23-24).

Nos Estados Unidos, a base de dados nacional, autorizada pelo *DNA Identification Act* de 1994, chama-se *NDIS - National DNA Index System*. Seu acesso e pesquisa ocorrem por meio do *Combined DNA Index System* (CODIS), *software* que conecta as bases de dados de todos os 50 estados a uma rede de computadores nacional. O CODIS é um *software* que procura automaticamente nos arquivos do *NDIS* perfis coincidentes de DNA. Assim como ocorre com o *AFIS (Automated Fingerprint Identification System)*, base de dados de impressões digitais, o CODIS compara os perfis de DNA encontrados na cena do crime com aqueles que constam do sistema, de indivíduos condenados por certos tipos de crime, como estupro, homicídio e abuso infantil, ou de outras cenas de crime (KADER; LING; LI, 2011, p. 49-50).

A mais significativa restrição à obtenção das amostras de suspeitos está na Quarta Emenda, que impõe de maneira geral que buscas e apreensões sejam justificadas por uma causa provável e autorizadas por um mandado judicial. A polícia geralmente obtém as amostras de DNA com o consentimento do suspeito ou mediante uma ordem judicial. A propósito, ainda no início da década de 2000, Crouse e Kaye (2001) noticiam que duas Cortes Estaduais norte-americanas (Vermont Supreme Court, no caso “*In re Non-Testimonial Identification Order Directed to R.H.*, 2000”, e a Maryland Court of Special Appeals, no caso “*Wilson v. Maryland*, 2000”) refutaram ataques, amparados na Quarta Emenda, à prática de compelir, por ordem judicial, uma pessoa suspeita de um crime a se submeter a teste de DNA. Nesses casos, foi sublinhado que, se a amostra foi adquirida de maneira regular, a partir do estabelecimento pelo Estado de ao menos uma suspeita razoável, restaria afastado o pleito de exclusão do dado colhido e ainda se permitiria o cotejo com outras investigações em andamento. Ademais, em geral, os casos noticiados destacam que, adquirida legitimamente pelo Estado uma informação para um uso, ela pode ser utilizada para outros propósitos sem que isso constitua uma adicional invasão de privacidade (CROUSE; KAYE, 2001, p. 12-13).

A Suprema Corte norte-americana, vale dizer, possui visão bastante ampliativa sobre as hipóteses de coleta e retenção da identificação por meio de perfil genético. No caso *Maryland v. King* (2013), discutiu-se a constitucionalidade de uma lei estadual que autorizava a coleta do dado para identificação do perfil genético do investigado. Havendo

coincidência desse dado colhido com qualquer investigação frustrada por não elucidação da autoria (o chamado *cold case*, isto é, uma “caso frio” no qual a investigação resta inconclusa pela falta de elucidação do fato criminoso, especialmente pela não identificação da autoria), obtém-se seguidamente uma ordem judicial para uma segunda coleta de material genético do investigado, que então servirá de prova especificamente nesse caso então em aberto.

A orientação norte-americana, convém destacar, encontra ponto de divergência a respeito do decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no precedente *Saunders vs. Reino Unido* (1996). No caso em que o Reino Unido foi levado à Corte Europeia, esta decidiu que a garantia do *nemo tenetur* não poderia ser invocado em face de materiais de titularidade do investigado que tenham sido obtidos compulsoriamente por meio de mandados, exames de sangue, urina, ar alveolar e tecidos corporais (inclusive para eventual exame de DNA).

Esse nível de discussão, que permitiria a reabertura de investigações já arquivadas (para o que se exige, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal, notícia de nova prova), ainda não foi alcançado no Brasil. Os vestígios materiais de investigação arquivada, em regra, não passam por identificação genética de modo automático. Por isso, a inexistência de base para cotejo. No entanto, trata-se de tema que, se superada a discussão sobre a constitucionalidade do banco de dados de perfil genético em si e caso avance e se popularize o uso dos bancos de dados genéticos, certamente alcançará esse nível de debate num futuro próximo.

Em Portugal, os bancos de dados de informação genética pessoal e médica surgiram em 2005 e, em 2008, foi criado um banco de perfis de DNA para fins de identificação cível e criminal. Pela Lei 5/2008, é proibido utilizar informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diversas de identificação civil e investigação criminal. A inclusão dos perfis de DNA na base de dados é voluntária ou decorrente de ordem judicial, no caso de condenação superior a três anos de reclusão (SCHIOCCHE, 2012, p. 39).

Na Espanha, a Lei Orgânica 10/2007 regula o uso do DNA para fins criminais, indicando no preâmbulo e no artigo 4º que, para evitar qualquer vulneração do direito à intimidade, somente poderão ser inscritos perfis de DNA reveladores da identidade e do sexo, excluindo-se os de

natureza codificante. O artigo 3º, por sua vez, informa que as amostras biológicas de suspeitos, detidos ou réus somente serão colhidas quando se tratar de delitos graves, que afetem a vida, a liberdade, a incolumidade ou a liberdade sexual, a integridade das pessoas, assim como nos casos de criminalidade organizada. Finalmente, de acordo com a disposição adicional terceira, a coleta de mostras que requeiram inspeções, reconhecimento ou intervenções corporais, sem intervenção do afetado, demandará autorização judicial motivada.

4. O MODELO BRASILEIRO

A Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, instituiu entre nós a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e o fez alterando a Lei 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, e a Lei 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP).

A primeira – a Lei da Identificação Criminal – foi acrescida dos seguintes dispositivos:

- a) a identificação criminal, desde que seja essencial às investigações policiais, poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, por decisão judicial;
- b) os dados genéticos serão armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal;
- c) as informações genéticas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero;
- d) os dados constantes dos bancos de dados terão caráter sigiloso;
- e) a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito;
- f) a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Já a LEP recebeu um novo artigo (9º-A), pelo qual:

- a) os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor;
- b) a autoridade policial poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Percebe-se que duas situações distintas decorrem da Lei 12.654/2012: (a) a coleta de material genético, na fase de investigação criminal, como meio de identificação do investigado, ou seja, para se ter certeza sobre os reais dados qualificativos do provável autor de um crime, ou como meio de investigação, para se descobrir quem é a pessoa que cometeu infração; (b) a coleta de material genético de pessoas condenadas por crimes graves, para que figurem em banco de dados a ser utilizado eventualmente em perseguições criminais indeterminadas, de crimes que já foram³ ou que vierem a ser cometidos.

Na primeira situação (item a), será necessário, para a identificação criminal, ocorrer a hipótese prevista no art. 3º, IV, da Lei 12.037/2009, que consiste na *essencialidade da identificação criminal para a investigação*, “segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”. Não há dúvida de que, em tal hipótese, está-se diante de um meio de investigação no interesse de perseguição criminal em curso.

Na segunda hipótese (item b), o sentenciado deve fornecer, como consequência da sentença penal condenatória (a lei não esclarece se transitada em julgado ou não – cf. o item 5, abaixo), amostra biológica de maneira compulsória, a qual originará um perfil genético que, uma vez confrontado com outros já armazenados, inclusive extraídos de cenas

³ Embora geralmente se diga que esses dados genéticos de condenados, constantes do banco de dados, serão confrontados com dados relacionados a amostras colhidas no interesse de investigações de crimes futuros, pode também acontecer de haver coincidência entre o perfil genético do condenado e o relativo a um caso passado, arquivado por falta de pistas da autoria (*cold case*).

de crimes não elucidados, pode torná-lo suspeito de outro crime que, do contrário, provavelmente jamais seria esclarecido. Também pode acontecer de o sentenciado cometer novo crime e deixar na vítima, em um objeto ou em um local material do qual possa ser extraído seu perfil genético, gerando assim prova importante de autoria.

Sobre a coleta do material genético decorrente de sentença penal condenatória, Vinicius Gomes de Vasconcellos enfatiza a distinção fundamental em face da coleta que ocorre durante a investigação criminal, pois esta se dirige a caso concreto e específico, e aquela almeja a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, “de forma aberta e indeterminada” (2014, p. 345). Também como critério distintivo, Vasconcellos menciona que, para a coleta realizada em investigação, exige-se a decisão judicial autorizativa da identificação; já a coleta do condenado, que é obrigatória e prescinde de decisão judicial específica, só tem relação com eventual decisão judicial quando se pretende acesso ao banco de dados em que armazenada a identificação (loc. cit.).

A lei prevê que a técnica de extração, no caso dos sentenciados, será *adequada e indolor*, não se vislumbrando motivo para que os investigados deixem de gozar de idêntica garantia, já que não poderiam receber tratamento menos digno do que o dos já condenados. Discutir-se-á se a extração de sangue constitui método indolor, pois se trata de uma forma de cooperação passiva do investigado que, segundo parte da doutrina (cf. o item 5, abaixo), não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Por outro lado, a lei é lacônica ao tratar do prazo para a exclusão do perfil genético do banco de dados. Fala a Lei de Identificação Criminal, em seu art. 7^a-A, no término do prazo prescricional estabelecido em lei (ou seja, o prazo prescricional em abstrato, regulado pela pena máxima). Contudo, se o inquérito for arquivado, o réu for absolvido ou for declarada extinta a punibilidade, restará motivo para a manutenção do perfil genético do imputado no banco de dados? A lei deixa ao intérprete a tarefa de responder a essa pergunta.

Sem dúvida, a Lei 12.654/2012 é alvo de críticas severas. Contudo, ainda que a lei deixe a desejar em termos técnicos, no essencial tem seus méritos e pode trazer benefícios à sociedade no enfrentamento da criminalidade por meio do aprimoramento do aparato investigatório. Como se verá a seguir, à luz dos parâmetros estabelecidos no plano internacional,

a opção da Lei brasileira é por uma conformação “minimalista” do tema (COSTA, *et al.*, 2016, sem paginação).

Cumpra analisar as principais críticas de cunho jurídico à lei, que dizem respeito à vulneração de direitos fundamentais individuais do investigado ou sentenciado: a possível violação do direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (princípio *nemo tenetur se detegere*) e a indefinição do prazo de manutenção dos dados genéticos dos indivíduos à disposição do Poder Público, gerando desproporcional risco à intimidade do imputado.

5. A COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere* – “nada a temer por se deter”) protege o indivíduo contra a imposição estatal de que produza prova contra si mesmo.

Envolve, além do direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, da CF), o direito de ser informado disso quando de seu interrogatório, o direito de não ser constrangido a confessar, a inexigibilidade de dizer a verdade, o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo e o direito de não produzir prova incriminadora invasiva sem consentimento (NOVELINO, 2016, p. 407-409).

Karl Heinz Gössel ressalta que a proibição de autoincriminação no processo penal – decorrente do direito da personalidade – “(...) exclui toda obrigação do imputado de ter uma ativa participação em seu próprio procedimento, de sorte que o imputado não pode ser obrigado à realização de testes, reconstituições de fato ou provas caligráficas” (2007, p. 314).

De acordo com Wagner Marteleto Filho, a não autoincriminação atua no plano da regra – insculpida na Constituição em seu art. 5º, LXIII – e no plano do princípio. O primeiro plano, o da regra – insuscetível de intervenções, sob pena de vulneração da garantia –, identifica-se com o direito ao silêncio, “(...) especialmente com a liberdade de (não) produção de manifestação de conteúdo testemunhal nos interrogatórios formais”, bem como com o direito de não realizar uma conduta ativa (exemplos: fornecimento de padrão gráfico para exame grafotécnico, participação

em reconstituição do crime, alteração da expressão facial e produção de sopro em etilômetro) que aporte informação ao processo em seu prejuízo (MARTELETO FILHO, 2012, p. 64-65)

No plano do princípio, “(...) retoma-se a ideia de um âmbito de proteção amplo, consistente no direito de não cooperar com a produção de provas incriminatórias, e passível de restrições, porquanto não há espaço para absolutização de princípios” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 65). Neste plano, admite restrições, em virtude da colisão com outros princípios, no que se refere às chamadas *cooperação passiva* e *cooperação inconsciente*, desde que tais restrições sejam legitimadas pela aplicação correta do princípio da proporcionalidade, não violem a dignidade pessoal do acusado, não impliquem riscos à sua vida ou saúde e estejam justificadas no caso concreto (MARTELETO FILHO, 2012, p. 90).

Cristiane Chaves Lemos critica em diversos aspectos a Lei 12.654/2012, inclusive considerando uma violência estatal atentatória da dignidade humana a intervenção corporal compulsória para retirada da amostra biológica. Afirma que, ausente a voluntariedade, a extração da amostra nunca será realizada de forma “adequada e indolor”, como quer a lei, pois será necessário o uso da força (2014, p. 18-19).

Quanto à modificação na LEP procedida pela Lei 12.654/2012, sustenta que a finalidade da alteração legislativa não é a identificação criminal, mas elucidar a autoria em um delito, em persecução penal futura, em violação ao *nemo tenetur*. Conclui argumentando que

O fato de o Estado custodiar um banco de dados com provas passíveis de serem utilizadas em um crime que ainda não ocorreu é um total retrocesso e desrespeito aos princípios e garantias constitucionais e processuais penais. Em oposição direta ao Direito Penal do Fato, permitir que informações orgânicas de uma pessoa estejam à disposição do Estado é retomar os postulados do Positivismo Penal e restringir a criminalidade, basicamente a fatores patológicos. (LEMO, 2014, p. 20).

Na mesma linha, Aury Lopes Jr. sustenta que, com a obrigação do sujeito passivo (investigado – Lei 12.037/2009 – ou apenado – LEP) de se submeter a intervenção corporal para fornecimento de material

genético, “(...) fulminou-se a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere*.” (2016, p. 450).

É importante enfatizar, contudo, que o princípio em questão, segundo abalizada doutrina nacional e estrangeira, não impede intervenções físicas que independam da colaboração ativa do investigado ou réu. Conforme leciona Wagner Marteleto Filho,

(...) a doutrina e jurisprudência alienígenas, tais como a alemã, a estadunidense, a portuguesa, a italiana e a espanhola, vêm sustentando, com fundamento nas respectivas legislações, a admissibilidade de se compelir o acusado a cooperar, passivamente, como coleta de prova, sem que haja qualquer ofensa à garantia contra a autoincriminação.

Acerca do tema, anota Roxin que o acusado não tem por que auxiliar as autoridades na persecução penal de forma ativa, porém tolerar “intervenções físicas, as quais podem perfeitamente subministrar uma contribuição decisiva na prova de sua culpabilidade”. (2012, p. 87).

Karl Heinz Gössel confirma, falando do direito alemão, que,

(...) na obtenção coativa de amostra de sangue, tal como ocorre na de fotografias e impressões digitais, a consecução do material celular necessário para as investigações genéticas não depende da colaboração ativa do imputado (como ocorre nas provas linguísticas, caligráficas e psicológicas do mesmo), de tal forma que da execução daquelas há de se derivar uma incidência sobre os direitos da personalidade. (2007, p. 314, tradução livre).

Além disso, pode-se apontar que a maioria dos países integrantes do Conselho da Europa já admite a coleta compulsória de material biológico para inclusão no banco de dados de perfil genético, sendo que esses bancos estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia e Suíça. O armazenamento dos perfis genéticos dos sentenciados é permitido, como regra geral, por tempo limitado após a condenação (SUXBERGER, 2015, p. 654).

É certo que a lei brasileira, ao afirmar que a coleta de material genético durante a investigação criminal, prevista na Lei 12.037/09, tem finalidade apenas de identificação, está sendo apenas parcialmente exata, pois será rara a situação em que os demais métodos de identificação – civil e criminal tradicional, por impressões digitais – deixarão brecha para a necessidade de identificação do indiciado por meio do DNA, que deve constituir a última opção, utilizável somente em caso de comprovada necessidade, dados os riscos envolvidos no que concerne ao direito à intimidade.

Na realidade, a lei brasileira, ao dizer que poderá ser provocada a autoridade judicial a deferir a identificação criminal genética por seu caráter essencial para a investigação, permite concluir que a coleta do DNA do investigado é um meio de obtenção de prova de sua participação no crime, seja pelo confronto do seu perfil genético com o obtido no local do crime, no corpo da vítima ou em um objeto ligado ao fato, seja pelo seu confronto com perfis genéticos armazenados no banco de dados que possa gerar uma convergência apta a induzir a determinadas conclusões.

Essa coleta, para fins de investigação criminal, não viola a garantia da não autoincriminação, pois, como visto acima, o investigado não está obrigado a adotar postura ativa no sentido de fornecer a prova, nem mesmo pode ser compelido a abrir a boca para a coleta de células da bochecha (*swab* bucal) se não quiser cooperar; neste caso, estará optando pela adoção de outro método pelo profissional que estiver cumprindo a decisão judicial, que dependa apenas de sua cooperação passiva, como a coleta de um pedaço de unha ou de uma amostra de sangue, ambos meios adequados e indolores.⁴

Finalmente, cumpre esclarecer que a Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *S. Marper v. the United Kingdom*, como será visto no item 6, não considerou violadora do *nemo tenetur* a conduta de coletar e reter dados extraídos do DNA de pessoas não condenadas para fins investigatórios, mas sim desproporcional que essa retenção ocorresse por tempo

⁴ A coleta de sangue pode ser considerada como método indolor, apesar de depender de uma breve picada no dedo do fornecedor do material genético, pois se necessita de quantidade irrisória de sangue para obtenção do DNA, que pode ser extraída por meio de dispositivo semelhante ao usado para controle da glicemia (tipo caneta).

indeterminado, pois isso representava violação da presunção de inocência, bem como que a retenção tivesse lugar independente da gravidade do crime e da idade do agente. De acordo com a Corte, “os princípios básicos da proteção de dados requerem que a retenção de dados seja proporcional em relação ao propósito da coleta e insistem em períodos limitados de estocagem” (CEDH, 2008, p. 31, tradução livre).

Assim, a Lei de Identificação Criminal brasileira atende aos *standards* do caso *S. Marper v. the United Kingdom*, pois nela há previsão expressa de prazo, proporcional à gravidade do crime (o prazo prescricional), para a exclusão dos perfis genéticos do banco de dados (art. 7º-A), e a coleta de material biológico depende da demonstração em decisão fundamentada de que a identificação por esse meio é essencial às investigações (o que aponta para um juízo de proporcionalidade).

No que tange aos dispositivos da LEP que impõem a extração de material genético de condenados por crimes graves para a finalidade de alimentação do banco de dados, trata-se de situação menos questionável do que a da identificação criminal do investigado, pois já não pesa contra a coleta do material genético a presunção de inocência: embora a lei não o diga, é interpretação razoável e consentânea com a presunção de não culpabilidade a de que somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser realizada a coleta do DNA do sentenciado – posição esta defendida por Suxberger (2015, p. 659) e Aury Lopes Jr. (2016, p. 454).

O armazenamento provisório de informação genética deve ser reservado para a situação prevista na Lei 12.037/09 – investigação criminal –, desde que a medida excepcional passe pelo teste de proporcionalidade e seja devidamente fundamentada em decisão judicial. No caso dos condenados por crimes de natureza hedionda ou cometidos com grave violência, o armazenamento se dá em caráter automático e definitivo (até o limite do prazo prescricional do crime), o que não se compatibiliza com a situação do condenado provisório.

Outro fator justificante da identificação por perfil genético, no caso previsto no art. 9º-A da LEP, é a constatação de que, diante dos altos índices de reincidência observados no Brasil e da gravidade dos crimes que justificam a medida de identificação, é do interesse público manter por certo período os dados genéticos do sentenciado, como forma de

proteção social, tanto pela inibição de novas condutas criminosas quanto pela facilitação da sua persecução criminal.

Sustenta-se que não há ofensa à garantia do *nemo tenetur* no caso do mencionado art. 9^a-A da LEP, pois se trata de mero procedimento de classificação do condenado para dar início ao cumprimento da pena, não vinculado a alguma persecução criminal em curso. Anota que nenhum país do mundo confere à intimidade caráter absoluto para afirmar que o material para definição do perfil genético é inatingível e lembra que a LEP satisfaz com sobras os *standards* fixados pela Corte Europeia de Direitos Humanos para o registro em bancos de dados de perfis genéticos, pois o armazenamento se dá após o trânsito em julgado de condenações pelos mais graves crimes previstos na legislação e por tempo determinado (SUXBERGER, 2015, p. 659 e 662-663).

O mesmo autor argumenta, em favor da tese da possibilidade de coleta de material biológico para documentação do perfil genético para fins de identificação criminal, que a funcionalização e a humanização do Direito Internacional impõem soluções minimamente homogêneas entre os diversos Estados, devido ao estreitamento dos limites entre o direito nacional e o internacional (fenômeno da internacionalização do direito):

Defende-se, pois, uma interpretação constitucionalmente adequada de preceitos da ordem jurídica interna que, se resultantes da reprodução ou de aproximação de enunciados igualmente presentes na ordem internacional, observe o sentido e o alcance estabelecidos pelas instâncias formalizadas do Direito das Gentes sobre esses mesmos preceitos. Afinal, se a característica de universalização dos direitos e garantias passa por sua *humanização*, não se mostra adequada a maior ou menor garantia de implementação a depender dos influxos dessa ou daquela ordem interna que positiva, em seus textos normativos, preceitos de forma assemelhada ou idêntica a que fazem as Convenções e Tratados firmados pelos Estados. Nisso reside a relevância da *funcionalização* do Direito Internacional, a permitir o socorro interpretativo a respeito do sentido e do alcance de normas e garantias internas ainda que cotejadas com diplomas igualmente internos (SUXBERGER, 2015, p. 652-653).

O STF possui julgados assentando a inadmissibilidade de que se exijam condutas ativas do imputado, como a participação compulsória

em reconstituição (RHC 64.354/SP), o fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico (HC 77.135/SP) e a submissão forçada ao teste etilométrico (HC 93.916/PA), mas não se debruçou ainda sobre a exigência de conduta passiva, como o fornecimento de material genético para a realização de perícia criminal. Isso deve ocorrer no já mencionado RE 973.837/MG, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral. A única decisão semelhante foi proferida na RCL 2.040/DF (“Caso Gloria Trevi”), em que foi autorizada a coleta, logo após o parto, de material genético da placenta da suposta vítima de estupro, que teria sofrido a violência sexual por parte de policiais federais na sede da Superintendência Regional do órgão em Brasília. Este caso, contudo, não é um precedente perfeito sobre a questão, devido às suas peculiaridades, especialmente o fato de não ter havido intervenção corporal em sentido estrito, pois o material genético foi extraído da placenta já expelida (MARTELETO FILHO, 2012, p. 226), e a existência, na avaliação da proporcionalidade, do interesse público no esclarecimento dos fatos, inclusive para a preservação da honra dos servidores públicos suspeitos.

6. PRAZO DE MANUTENÇÃO DO PERFIL GENÉTICO NO BANCO DE DADOS

No julgamento do caso *S. and Marper v. the United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o Reino Unido violou o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata do direito ao respeito pela vida privada e familiar, uma vez que aquele Estado praticava a retenção *por tempo indeterminado* de perfis de DNA, amostras celulares e impressões digitais de qualquer pessoa, de qualquer idade, suspeita de qualquer “recordable offence”, ou seja, de qualquer ilícito penal do qual a polícia deva guardar registro (de maneira geral, ilícitos passíveis de prisão, mas no conceito também estão incluídos alguns delitos que não implicam prisão, como mendicância e *taxi touting*⁵).

⁵ *Taxi touting* é uma infração penal consistente em assediar pessoas na rua, em *hubs* de transporte (como aeroportos, estações de trem e paradas de ônibus) ou em locais de entretenimento, para que elas contratem um serviço de transporte automotor.

No histórico julgamento, foi reputada desproporcional a retenção, por tempo indeterminado, dos perfis de DNA, das amostras celulares e das impressões digitais de pessoas suspeitas de crimes, mas não condenadas, por não se vislumbrar um equilíbrio justo entre os interesses público e privado, sendo considerada a retenção uma interferência no direito dos requerentes de respeito pela sua vida privada injustificada pelo interesse público e incompatível com uma sociedade democrática.

Após a condenação, o Reino Unido readequou algumas regras sobre a retenção de perfis genéticos, por meio do *Protection of Freedoms Act*, de 2012, que manteve a retenção obrigatória por tempo indeterminado do material e do perfil genético apenas dos condenados pelos crimes mais graves e daquelas pessoas que, embora não acusadas ou condenadas, ostentam prévia condenação por determinados tipos de infração penal. Os condenados por crimes menos graves, com idade abaixo dos 18 anos, passaram a ter seu material e perfil genético retidos por cinco anos mais o eventual tempo de prisão, quando se tratar de sua primeira condenação. Ainda, entre os não condenados, foram estabelecidos prazos determinados para a retenção (exceto, como visto acima, se previamente condenados por determinados tipos de delito). Assim, não mais vigora no Reino Unido a retenção por tempo indeterminado de perfis genéticos e amostras de DNA, sem discriminação de acordo com a gravidade do crime e a situação do agente.

É corolário da dignidade da pessoa humana que não se prolongue *ad eternum* a retenção pelo Estado da identificação genética do indivíduo, seja para que este não esteja sujeito a investigação e estigmatização permanentes, seja para que não corra o risco de invasão de privacidade em função do possível mau uso ou da quebra indevida do sigilo da informação.

André Nicolitt e Carlos Ribeiro Wehrs sustentam que a manutenção por tempo indeterminado de informações genéticas de condenados não é compatível com o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição, que veda penas de caráter perpétuo, uma vez que se trata de efeito da condenação (portanto, passível de ser visto como parte da imposição da pena). Aduzem, outrossim, que a obrigação de extração de DNA de condenados que não tenha utilidade além da própria fiscalização posterior e perpétua dos sentenciados traduz-se em violação, por analogia, do art. 4º, n. 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos (2016, p. 204-205).

No caso da lei brasileira, embora esteja claro que é limitada no tempo a permanência do perfil genético no banco de dados, não é isento de dúvidas que prazo é esse em todas as hipóteses: a LEP não indica por quanto tempo o perfil genético do condenado deverá permanecer no banco de dados e a Lei de Identificação Criminal não distingue as situações de continuidade da persecução criminal, arquivamento do inquérito e rejeição de denúncia – com e sem coisa julgada material –, extinção da punibilidade e absolvição, que aparentemente mereceriam tratamento individualizado.

A Lei 12.037/2009 diz apenas em seu art. 7º-A que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”, ensejando a interpretação de que, ainda que seja arquivado o inquérito, rejeitada a denúncia ou absolvido o réu por qualquer fundamento, o perfil genético incluído no banco de dados a título de identificação criminal por necessidade da investigação ali será mantido, até que se esgote o prazo prescricional do delito.

Claro que essa solução não é compatível com o devido processo legal em seu aspecto material (*substantive due process*), que se impõe contra a atuação estatal desprovida do mínimo de razoabilidade, ou seja, contra atos arbitrários do Estado.

A regra do art. 7º-A somente deve prevalecer enquanto a persecução criminal tiver seguimento e nos casos em que, embora interrompida, ela possa ser retomada, como no arquivamento por falta de determinação de autoria (em que, surgindo novas provas, é possível a reabertura da investigação).

Não havendo, contudo, possibilidade de persecução criminal contra o investigado ou réu, por exemplo, pelo arquivamento por atipicidade ou pela absolvição, tem ele o direito de ver retirado do banco de dados seu perfil genético e eventual amostra biológica, imediatamente, pois o motivo que determinou sua coleta (aquela persecução criminal específica) não subsiste. Não se tratando de pessoa condenada definitivamente, não se justifica que figurem suas informações em banco de dados no interesse de persecuções criminais futuras.

O texto legal, reconheça-se, não é claro. No entanto, parece evidente que a presença dos dados de perfil genético do investigado, se incluído em banco de dados de perfil genético, deve ser seguidamente dali

retirado em caso de arquivamento da investigação. O texto legal autoriza intelecção no sentido de que o perfil genético oriundo da identificação criminal determinada judicialmente não deve integrar ou compor o banco. No entanto, não haveria sentido jurídico em impedir o cotejo dessa identificação com casos eventualmente abertos pela mesma razão jurídica que se autoriza esse tipo de apuração também em face de outros meios de identificação que não o pelo perfil genético (biometria, impressões dactiloscópicas, etc.). Esse cotejo, vale dizer, independe da inclusão ou não em banco. O fundamental, como regra de garantia daquele que se submeteu a identificação criminal por decisão judicial, centra-se em respeitar a dicção do art. 7.º-A, que, independentemente da razão autorizativa da inclusão da identificação por perfil genético no banco de dados, o perfil deverá ser excluído após o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito então apurado na investigação que ensejou a determinação judicial de identificação por perfil genético ou após a apuração encontrar solução definitiva em juízo.

Imagine-se um indivíduo indiciado e processado por estupro, cuja identificação criminal por meio da coleta de material biológico tenha sido determinada judicialmente. Uma vez absolvido, seu *status* jurídico continua sendo o de primário e de bons antecedentes, em nada podendo ser diferenciado do indivíduo que jamais foi sequer investigado (presunção de inocência). Portanto, nada justificaria a permanência do seu perfil genético por longos 16 anos – prazo prescricional do crime do art. 213, *caput*, do CP – no banco de dados.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. apresenta solução coerente quando propõe a aplicação, por analogia, do art. 7º da Lei de Identificação Criminal ao caso do indivíduo sujeito à identificação genética, ou seja, interrompida a persecução criminal definitivamente, por rejeição da denúncia ou absolvição – acrescentamos o arquivamento que produza coisa julgada material –, tem ele o direito de requerer a retirada do seu material genético e dos respectivos registros do banco de dados (2016, p. 453-454).

No caso dos definitivamente condenados, ante a lacuna legislativa, o retrocitado autor sustenta a aplicação, por analogia, do instituto da reabilitação (art. 93 e seguintes do CP), permitindo-se a retirada dos registros após dois anos da extinção da pena (LOPES JR., 2016, p. 455).

Neste último caso, pensa-se ser mais correta posição divergente, entendendo que a melhor solução é recorrer analogicamente ao art. 7º-A da Lei 12.037/2009, ou seja, somente excluir o perfil genético e descartar eventual material armazenado após transcorrido o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, não pela pena em concreto, mas pela pena em abstrato, porque, como visto acima, a inclusão do perfil genético dos condenados definitivamente por crimes graves revela interesse sobretudo para o futuro (inibição e investigação de possíveis reincidências penais), não atendendo ao interesse público primário – proteção ao direito fundamental à segurança – e, portanto, à *mens legis*, a exclusão dessas informações após período demasiado breve. A solução alvitrada responde às preocupações de “estigmatização perpétua” (TAVARES; GARRIDO; SANTORO, 2016), pois o caráter de temporalidade do banco fica assente e consoante com os padrões hauridos da ordem internacional.

O texto legal é plurissignificativo, mas tal intelecção busca guardar um mínimo de coerência em face daquelas situações em que a inclusão se dê por força de identificação compulsória e, por isso, a exclusão nem sempre aguardará a solução definitiva de imputação deduzida em juízo.

CONCLUSÕES

Embora a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal, com as alterações introduzidas pela Lei 12.654/2012, tratem a inclusão de perfis genéticos de investigados e sentenciados em banco de dados como uma forma de simples identificação criminal, trata-se também e sobretudo de um instrumento de investigação criminal potencialmente ensejador de mais eficiência na persecução criminal brasileira, que apresenta estatísticas pobres, como a que aponta um índice de elucidação de homicídios entre 5% e 8% (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2017).

Considerando a necessidade de assegurar à população o direito fundamental à segurança pública em um momento de grave crise nessa área, abrir mão de um meio investigativo que tem se mostrado eficaz em outros países somente se justificaria se a lesão ou ameaça a outros direitos fundamentais fosse desproporcionalmente significativa, o que não se verifica na situação vertente, pois, adotadas as cautelas e

procedimentos técnicos devidos e instituídos mecanismos de respeito ao sigilo dos dados armazenados, a intervenção corporal e o risco à privacidade são diminutos.

A ponderação dos interesses envolvidos não pode desprezar, mercê da funcionalização do Direito Internacional, o fato de que a maioria dos países europeus e os Estados Unidos mantêm bancos de dados alimentados com informações genéticas a partir da coleta compulsória, quando necessário, de material biológico dos investigados ou condenados e o de que o modelo brasileiro satisfaz os *standards* delineados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, já que se trata (a) da obtenção de informações genéticas de pessoas investigadas, após decisão judicial cuja fundamentação indique que a medida passa no teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), por tempo determinado, ou (b) da obtenção de informações genéticas de pessoas condenadas pelos crimes mais graves previstos na legislação brasileira, também por tempo limitado.

A garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) não é ofendida quando do imputado não se exige colaboração ativa para a coleta da amostra biológica. Assim, não ocorre violação da referida garantia quando o Estado obriga o investigado ou condenado a colaborar passivamente, simplesmente não resistindo ao ato legal de retirada da sua amostra biológica de maneira adequada e indolor (como no caso da coleta de unha ou sangue).

Uma vez obtido legitimamente pelo Estado o perfil genético de alguém, tal informação poderá ser utilizada para finalidades de persecução criminal não inicialmente previstas, como por exemplo reavivar investigação arquivada por indefinição quanto à autoria delitiva, em caso de convergência entre aquele perfil genético e o constante do banco de dados, vinculado a amostra biológica colhida no local do crime cuja investigação havia sido interrompida.

A retenção da informação genética pelo Estado em nenhuma hipótese deve ser ilimitada no tempo. Se tiver como base a Lei de Identificação Criminal (art. 5º, parágrafo único), os dados deverão ser excluídos imediatamente quando ocorrer o arquivamento ou a rejeição da peça de acusação, desde que com formação de coisa julgada material, e a absolvição. No caso de prosseguimento efetivo da persecução criminal ou de

sua interrupção sem coisa julgada material (*e.g.*, arquivamento por falta de provas), a exclusão deve ocorrer imediatamente após transcorrido o prazo prescricional do crime investigado.

Se a retenção da informação genética tiver como supedâneo a LEP (art. 9º-A), o perfil genético do sentenciado deverá permanecer no banco de dados pelo prazo prescricional do crime pelo qual condenado (aplicação analógica do art. 7º-A da Lei de Identificação Criminal). Como forma de atender ao interesse público de proteção da coletividade contra a reincidência, em vez de se utilizar a pena em concreto como parâmetro para a fixação desse prazo, como é da tradição brasileira após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, mais adequado se mostra usar o prazo prescricional pela pena em abstrato, como literalmente se deduz do referido art. 7º-A da Lei 12.037/2009.

A Lei 12.654/2012 instituiu de maneira bastante concisa e lacunosa o sistema de identificação criminal mediante a retenção de perfis genéticos no Brasil, deixando para a jurisprudência a tarefa de completar os espaços vazios; da definição do STF sobre a constitucionalidade dos seus dispositivos e sobre os limites de utilização do banco de dados genéticos dependerão os resultados úteis desse meio de investigação no país.

REFERÊNCIAS

AJUNWA, Ifeoma. Genetic data and civil rights. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 51, p. 75-114, 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2460897>

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2017. Daniel Cerqueira et al. (orgs.). Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), junho de 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, v. 4, p. 159-189, 2014.

BOCCHINI, Bruno. *Brasil tem mais mortes violentas do que a Síria em guerra, mostra anuário*. EBC Agência Brasil, 28 out. 2016. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública. Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país*. Brasília. CNMP, 2012. Disponível em <www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização — Junho de 2016*. Org. Thandara Santos. Colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

CERQUEIRA et. alli. *Atlas da violência 2017*. Rio de Janeiro: Ipea e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_relatorio_de_pesquisa.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Saunders vs. Reino Unido* (n. 19187/91). Sentença de 17 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

CROUSE, Cecelia; KAYE, D. H. The retention and subsequent use of suspect, elimination, and victim DNA samples or records: a report to the National Commission on the future of DNA evidence. 6 fev. 2001. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2050686>

GÖSSEL, K. H. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el Proceso Penal. In: GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 295-326.

ESPANHA. Ley Orgánica 10/2007, de 8 de outubro, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/09/pdfs/A40969-40972.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. Maryland v. King 569 U.S. 12-207, 2013. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/12-207/>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal em España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. A constitucionalidade do banco de dados de perfis genéticos. In: HAMMERSCHMIDT, D., LIMA, L. P. A (org.). *Ciências Penais e Juízes criminais: 1º Fórum Nacional de Juízes Criminais - FONAJUC*. Curitiba: Juruá, 2017. Volume I.

INNOCENCE PROJECT. *DNA exonerations in the United States*. [sem data]. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Onde mora a impunidade?* Por que o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2017. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

KADER, M.; LING, S. T. W.; LI, S. K. L. The use of DNA forensic evidence in criminal justice. *Singapore Law Review*, v. 35, p. 35-52, 2011.

LEMOS, Cristiane Chaves. A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., Salvador: JusPodivim, 2016.

RUIZ, Thiago. *A prova genética no processo penal*. São Paulo: Almedina, 2016.

SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de dados genéticos no Brasil: Os desafios operacionais e legais de um processo de modernização. In: FONSECA, Claudia; MARICATO, Glaucia; DUARTE, Larissa Costa; BESEN, Lucas Ribili (org.). *Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo*. Porto Alegre: CEGOV; UFRGS, 2016. Capítulo 6.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito, v. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set.-dez. 2013. <https://doi.org/10.14210/nej.v18n3.p518-529>

SILVA, C. F. O. da; MADRID, F. de M. L. A utilização de bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução penal. *ETIC*, v. 12, n. 12, 2016.

SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649-665, 2015. <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3708>

TAVARES, N. L. F.; GARRIDO, R.G.; SANTORO, A. E. R. O bando de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9.º-A da Lei 7.210/84 à luz da Criminologia crítica. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 207-226, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110, p. 329-366, set.-out. 2014.

ZOGBI, Paula. *As 50 cidades mais violentas do mundo – 19 delas no Brasil*. InfoMoney, 10 abr. 2017. Disponível em <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/turismo/noticia/6337904/cidades-mais-violentas-mundo-delas-brasil>>. Acesso em: 18 set. 2017.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Os autores agradecem aos revisores e editores do artigo, pelo profícuo debate e pelas considerações que ensejarão melhor reflexão sobre o tema.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Antonio Henrique Graciano Suxberger:* projeto e esboço inicial, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Valtan Timbó Martins Mendes Furtado:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 10/12/2017
- Deslocamento ao V4N2 comunicado aos autores: 19/12/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/02/2018
- Avaliação 1: 25/02/2018
- Avaliação 2: 03/03/2018
- Avaliação 3: 12/03/2018
- Avaliação 4: 15/03/2018
- Decisão editorial preliminar: 31/03/2018
- Retorno rodada de correções: 02/05/2018
- Decisão editorial final: 04/05/2018

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.